Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police

Adoption du rapport sur les droits de l'enfant et les mesures de contrainte

Communiqués, DFJP, 16.12.2009

Berne. Le Conseil fédéral a adopté aujourd'hui le rapport sur la conformité aux droits de l'enfant des mesures de contrainte prévues dans le droit des étrangers. En moyenne, les mineurs ne sont pas détenus plus longtemps que les adultes. De plus, ils bénéficient d'une assistance et d'une protection juridique jugées suffisantes.

Une évaluation du Contrôle parlementaire de l'administration (CPA) réalisée en 2005 a fait ressortir que des mineurs âgés de 15 à 17 ans étaient également placés en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion. Sur mandat de la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N), le Conseil fédéral a examiné si la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant était respectée dans le domaine des mesures de contrainte relevant du droit des étrangers. Le rapport d'évaluation est désormais disponible.

Entre le 1er janvier 2008 et le 30 juin 2009, 4564 personnes ont été placées en détention dans l'ensemble de la Suisse en application du droit des étrangers. Parmi elles, 71 (soit 1,5 %) étaient âgées de 15 à 17 ans. La durée maximale de la détention des personnes âgées de 15 à 17 ans a atteint 376 jours dans un premier cas et 297 dans un second, chacune de ces deux personnes ayant atteint sa majorité au cours de la détention. Dans les 69 cas restants de mineurs détenus, la durée de détention a varié entre 1 et 116 jours. Ainsi, la durée moyenne de détention chez les mineurs est de 19 jours, soit 3 jours de plus que la moyenne pour l'ensemble des personnes placées en détention administrative.

Cependant, si l'on ne tient pas compte des deux cas susmentionnés dont la durée de détention est supérieure à la moyenne, alors la durée moyenne de détention chez les mineurs tombe à 9 jours, contre 16 jours pour l'ensemble des personnes placées en détention administrative.

Selon le Conseil fédéral, le droit des étrangers et le droit d'asile garantissent l'assistance nécessaire aux mineurs non accompagnés en prévoyant la désignation d'une personne de confiance. Cette dernière, d'une part, guide et soutient le mineur, d'autre part, lui assure de pouvoir accéder à l'assistance d'un conseiller juridique et d'un représentant légal.

Le Conseil fédéral estime qu'en ce qui concerne les mesures de contrainte relevant du droit des étrangers qui sont appliquées aux mineurs, les garanties de la Convention relative aux droits de l'enfant sont respectées. Il assure que l'évaluation des données relatives à la durée de détention et à l'âge des mineurs concernés continuera à faire l'objet d'une attention particulière.

Renseignements complémentaires
Jonas Montani, Office fédéral des migrations, T +41 31 325 98 80, E-Mail

Dernière modification: 16.12.2009

09.

Rapport sur la conformité aux droits de l'enfant des mesures de contrainte

(en exécution du postulat « Conformité des mesures de la législation sur l'asile et sur les étrangers avec la Convention relative aux droits de l'enfant » de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 31 janvier 2008)

du

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

Nous vous soumettons le rapport sur la conformité aux droits de l'enfant des mesures de contrainte prises en vertu de la nouvelle législation sur l'asile et sur les étrangers et vous prions de bien vouloir en prendre connaissance.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

...

Au nom du Conseil fédéral suisse ;

Le président de la Confédération, Hans-Rudolf Merz
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

1 Introduction

Le postulat de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) du 31 janvier 2008, accepté par le Conseil fédéral le 20 août 2008, est à l'origine du présent rapport. La teneur de ce postulat est la suivante:

« Le Conseil fédéral est chargé de rédiger un rapport dans lequel il examinera si les mesures de contrainte prises conformément à la nouvelle législation sur l'asile et sur les étrangers sont bien conformes aux droits de l'enfant. Il tiendra notamment compte des recommandations 2 à 5 formulées par la Commission de gestion du Conseil national dans son rapport du 7 novembre 2006 intitulé "Protection de l'enfance et mesures de contrainte" ».

Le 4 septembre 2009, lors d'un contrôle du suivi, la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) a demandé au Conseil fédéral qu'un rapport lui soit remis, d'ici au 31 décembre 2009, sur la mise en œuvre des recommandations formulées dans le rapport de la commission.

Le présent document tient lieu à la fois de réponse au postulat de la CIP-N et de compte-rendu sur la mise en œuvre des recommandations figurant dans le rapport de la commission.

2 Rappel des faits

Se fondant sur une évaluation du Contrôle parlementaire de l'administration (CPA), 1a CdG-N a adopté, le 24 août 2005, un rapport sur l'application des mesures de contrainte en matière de droit des étrangers (FF **2006** 2515). Il ressortait de l'enquête du CPA (FF **2006** 2539) que des mineurs âgés de 15 à 17 ans étaient également placés en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion.

Le 24 août 2005, la CdG-N a chargé sa sous-commission DFJP/ChF de procéder à des investigations complémentaires concernant la protection de l'enfance et les mesures de contrainte. Il s'agissait en particulier de vérifier si la Convention relative aux droits de l'enfant (Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant; RS *0.107*) était respectée. Sur la base de ses recherches, la CdG-N a élaboré un rapport complémentaire (FF **2007** 2373**)** qui a été publié le 7 novembre 2006.

Il est constaté, dans le rapport publié le 7 novembre 2006 par la CdG-N, que les mesures de contrainte sont appliquées de manière différente d'un canton à l'autre et ce, également à l'égard des mineurs. Aussi le rapport contient-il des recommandations devant mener à une meilleure harmonisation.

Le 16 mars 2007 (FF **2007** 2391), le Conseil fédéral a pris position sur le rapport de la CdG-N du 7 novembre 2006. Il conclut que les chiffres relatifs à la détention des mineurs relevés par la CdG-N ne sont pas représentatifs, puisqu'ils se basent sur un sondage réalisé entre 2002 et 2004 auprès de 15 cantons seulement. Dans son rapport du 16 mars 2007, le Conseil fédéral estime que l'harmonisation souhaitée par la CdG-N en matière d'application des mesures de contrainte à l'égard des mineurs dans les cantons est déjà réalisée. Concernant la recommandation de la CdG-N de clarifier la question de savoir si la Convention relative aux droits de l'enfant (RS *0.107*) impose des conditions de détention particulières pour les mineurs en détention et en particulier leur séparation d'avec les adultes en détention

administrative, le Conseil fédéral renvoie à son premier rapport au Comité des droits de l'enfant de l'ONU. Dans ce rapport, le Conseil fédéral signale son intention d'améliorer la situation dans le domaine du droit pénal des mineurs de manière à pouvoir supprimer la réserve émise quand à l'art. 37, let. c, de la Convention relative aux droits de l'enfant. Cependant, l'art. 48 du droit pénal des mineurs (RS *311.1*, DPMin) accorde aux cantons un délai de dix ans pour créer les établissements nécessaires, si bien que les autorités suisses ont le temps de se pencher sur la question de l'hébergement dans le cadre de la détention administrative. Le Conseil fédéral indique que la Suisse dispose d'une règlementation exhaustive en matière de protection des mineurs dans le domaine de l'asile et s'appuie pour cela notamment sur la réglementation détaillée relative aux mesures tutélaires et d'assistance judiciaire. Il y a lieu de viser une pratique uniforme des cantons également dans le domaine des étrangers, mais uniquement si la collecte des données relatives aux mesures de contrainte fait ressortir cette nécessité.

Dans sa lettre du 23 novembre 2007, la CdG-N prend position sur le rapport du Conseil fédéral. Elle y fait part de nouvelles recommandations aux Conseil fédéral, y approuve, pour l'essentiel, l'avis exprimé par le Conseil fédéral le 16 mars 2007 et y déclare mettre un terme à l'enquête relative à la protection de l'enfance et aux mesures de contrainte. En outre, la CdG-N y annonce qu'elle effectuera un contrôle de suivi après deux ans.

3 Entrée en matière

3.1 Mesures de contrainte dans le droit des étrangers

Les mesures de contrainte en matière de droit des étrangers sont régies par la loi fédérale sur les étrangers (RS *142.20*, LEtr) et ce, aussi bien dans le domaine des étrangers que dans celui de l'asile.

La LEtr prévoit les mesures de contrainte suivantes:

- la rétention au titre de l'art. 73 LEtr;
- l'assignation d'un lieu de résidence et l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée au titre de l'art. 74 LEtr;
- la détention en phase préparatoire au titre de l'art. 75 LEtr;
- la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion au titre de l'art. 76 LEtr
- la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de non-collaboration à l'obtention des documents de voyage au titre de l'art. 77 LEtr
- la détention pour insoumission au titre de l'art. 78 LEtr

Le délai transitoire de deux ans étant arrivé à son terme le 31 décembre 2008, les cantons ont dû adapter dès le 1er janvier 2009 leur organisation judiciaire dans le domaine d'application des recours en matière de droit public aux exigences prescrites par la loi sur le Tribunal fédéral (RS *173.110*, LTF). Ces adaptations concernent également la procédure de contrôle des détentions relevant du droit des

étrangers. Les cantons doivent notamment, en vertu de l'art. 86, al. 2, LTF, instituer un tribunal supérieur comme autorité cantonale de dernière instance. Par tribunal cantonal supérieur, le Tribunal fédéral entend, dans le domaine d'application des recours de droit public, le tribunal administratif cantonal. D'autres autorités judiciaires peuvent être considérées comme tribunal cantonal supérieur à condition de n'être hiérarchiquement subordonnées à aucun autre tribunal et d'être compétentes pour l'ensemble du canton.

3.2 Détention administrative

En droit des étrangers, la *détention en phase préparatoire*, la *détention en vue du renvoi ou de l'expulsion* et la *détention pour insoumission* sont regroupées sous le terme de « détention administrative ». La *détention en vue du renvoi ou de l'expulsion* est la principale mesure de contrainte du droit des étrangers. Elle peut être ordonnée par l'autorité cantonale à l'encontre d'un étranger ayant fait l'objet d'une décision de renvoi ou d'expulsion en première instance afin d'assurer l'exécution de la décision, lorsqu'il existe un motif de mise en détention (art. 78 LEtr). Afin d'assurer le bon déroulement d'une procédure de renvoi, l'autorité cantonale peut ordonner la *détention en phase préparatoire* pendant la préparation de la décision sur le séjour d'un étranger qui n'est pas titulaire d'une autorisation de courte durée, de séjour ou d'établissement lorsqu'il existe un motif de mise en détention (art. 75 LEtr). Si l'étranger n'a pas obtempéré à l'injonction de quitter la Suisse dans le délai prescrit et que la décision exécutoire de renvoi ou d'expulsion ne peut être exécutée en raison de son comportement, il peut être placé en *détention pour insoumission* afin de garantir qu'il quittera effectivement le pays, pour autant que les conditions de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion ne soient pas remplies et qu'aucune autre mesure moins contraignante ne soit susceptible de mener à l'objectif visé.

En Suisse, les mineurs peuvent être placés en détention administrative dès l'âge de 15 ans (art. 79 LEtr). La durée maximale de la détention est de 6 (détention en phase préparatoire), 12 (détention en vue du renvoi ou de l'expulsion) et 9 mois (détention pour insoumission). A cet effet, la détention prononcée ne peut excéder 12 mois au total.

3.3 Rétention

La rétention au titre de l'art. 73 LEtr permet de notifier une décision relative au statut de séjour (p.ex. notification d'une décision d'asile). Mais elle est aussi et surtout ordonnée afin d'établir l'identité d'une personne dont la collaboration à cet effet est indispensable. Cette condition est notamment remplie lorsque l'intéressé doit être conduit auprès d'une ambassade en vue d'établir son identité ou auprès de l'Office fédéral des migrations (ODM) en vue de l'audition centralisée (art. 3 de l'ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers [RS *142.281*, OERE]). La rétention ne peut excéder trois jours.

3.4 Assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée

L'assignation d'un lieu de résidence et l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée, au sens de l'art. 74, al. 1, let. a, LEtr, remplissent deux fonctions. Elles offrent, d'une part, un instrument à l'encontre d'étrangers qui troublent la sécurité et l'ordre publics mais ne peuvent être renvoyés immédiatement de Suisse (p.ex. en cas de demande d'asile pendante ou d'absence de documents de voyage). Ces mesures sont d'autre part applicables aux personnes dont le renvoi ou l'expulsion ne peut être exécuté, mais que les autorités souhaitent tenir éloignées d'un lieu donné.

Depuis le 1er janvier 2007 (date d'entrée en vigueur des dispositions relatives aux mesures de contrainte), une assignation ou une interdiction au sens de l'art. 74, al. 1, let. b, LEtr peuvent être prononcées si l'étranger frappé d'une décision exécutoire de renvoi ou d'expulsion n'a pas respecté le délai qui lui était imparti pour quitter le territoire.

3.5 Convention relative aux droits de l'enfant

La Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant; RS *0.107*) est en vigueur pour la Suisse depuis le 26 mars 1997. Elle s'applique aux êtres humains âgés de moins de dix-huit ans (art. 1). Par conséquent, les mineurs cités dans la législation sur les étrangers (15 à 17 ans) sont des enfants au sens de la convention.

Les articles suivants de la *Convention relative aux droits de l'enfant* revêtent une importance particulière dans le cadre de l'exécution de la détention administrative:

- Art. 3, al. 1: «Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.»
- Art. 9, al. 1: «Les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant.»
- Art. 12, al. 1 s.: «Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.»
- Art. 37, let. b: «Les Etats parties veillent à ce que nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité

avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible.»

– Art. 37, let. d: «Les Etats parties veillent à ce que les enfants privés de liberté aient le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée, ainsi que le droit de contester la légalité de leur privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu'une décision rapide soit prise en la matière.»

Le rapport de la Suisse à l'intention de l'ONU expose la pratique actuelle de la Suisse s'agissant de la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant. Le Conseil fédéral est disposé à y prendre en considération le rapport de la CdG-N ainsi que sa prise de position.

4 Durée de la détention administrative pour les mineurs

L'enquête effectuée par le CPA montre à la CdG-N que, de 2002 à 2004, 355 mineurs ou présumés mineurs ont été mis en détention en phase préparatoire ou en détention en vue de l'exécution du renvoi. C'est pourquoi la CdG-N considère qu'il est utile d'examiner la pratique des cantons en matière d'exécution de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion concernant les mineurs, en particulier en la mettant en relation avec l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant. Dans son avis, le Conseil fédéral relève que les données utilisées par la commission concernant la durée de détention des mineurs reposent sur un sondage réalisé entre 2002 et 2004 auprès de 15 cantons et que celles concernant la durée de la détention de l'effectif global des personnes détenues en vue de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion se fondent sur un sondage réalisé entre 2001 et 2003 dans seulement cinq cantons et que ces données doivent dès lors être interprétées avec prudence.

Depuis l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2008, de l'art. 15a de l'ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (RS *142.281*, OERE), la Confédération dispose de données fiables sur l'application des mesures de contrainte. Les autorités cantonales compétentes transmettent à l'ODM les données suivantes concernant les rétentions (art. 73 LEtr), les détentions en phase préparatoire (art. 75 LEtr), les détentions en vue du renvoi ou de l'expulsion (art. 76 LEtr), les détentions en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de non-collaboration à l'obtention des documents de voyage (art. 77 LEtr) et les détentions pour insoumission (art. 78 LEtr) ordonnées dans les domaines de l'asile et des étrangers:

– nombre d'ordres de mises en détention et durée de la détention par personne,
– nombre de renvois,
– nombre de mise en liberté,
– nationalité des personnes détenues,

– sexe et âge des personnes détenues,
– type de détention.

Entre le 1er janvier 2008 et le 30 juin 2009, 4564 personnes ont été placées en détention administrative dans l'ensemble de la Suisse, dont 71 personnes ayant indiqué, lors de leur mise en détention, avoir entre 15 et 17 ans. La proportion des personnes âgées de 15 à 17 ans est donc de 1,5 %. Cependant, le véritable nombre de personnes ayant entre 15 et 17 ans est en général inférieur à celui figurant dans les statistiques étant donné que, dans de nombreux cas, les personnes concernées sont plus âgées que ce qu'elles indiquent en relation avec la procédure. Ces 71 personnes se répartissent sur 15 cantons. Les cantons de Zurich (21) et de Berne (14) ont ordonné le plus grand nombre de détentions à l'égard de mineurs, tandis que dans les 13 cantons restants, le nombre de mineurs détenus varie entre 1 et 7. La durée maximale de la détention atteint 376 jours dans un premier cas (Nigéria / canton de Zurich) et 297 dans un second cas (origine inconnue / canton de Lucerne). Chacune de ces deux personnes a atteint sa majorité en cours de détention et devait dès lors être traitée en tant qu'adulte. La première a pu être renvoyée au Nigéria. Dans les 69 cas restants, la durée de détention a varié entre 1 et 116 jours. Ainsi, la durée moyenne de détention de mineurs est de 19 jours pour la période du 1er janvier 2008 au 30 juin 2009, soit 3 jours de plus que la moyenne pour l'ensemble des personnes placées en détention administrative. Cependant, si l'on ne tient pas compte des deux cas de détention susmentionnés, dont la durée est supérieure à la moyenne, alors la durée moyenne de détention de mineurs tombe à 9 jours, contre 16 jours pour l'ensemble des personnes placées en détention administrative.

Par conséquent, sur les 71 mineurs placés en détention administrative entre le 1er janvier 2008 et le 30 juin 2009, la détention a duré 3 mois dans 6 cas (8,5 %). Cependant, cette durée n'a été supérieure à 4 mois que dans 2 de ces 6 cas (2,8 %).

Outre le principe légal de célérité (art. 76, al. 4, LEtr) et l'examen par le juge de la légalité de la détention, les données recueillies écartent donc elles aussi l'hypothèse formulée par la commission selon laquelle les mineurs seraient maintenus en détention en vue de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de la majorité afin d'éviter un surcroît de travail organisationnel.

Le Conseil fédéral estime que les garanties conférées par la Convention relative aux droits de l'enfant dans le domaine des mesures de contrainte sont respectées. Il assure la commission que l'évaluation de ces données, notamment celles relatives à la durée de la détention et à l'âge des mineurs concernés, continuera à faire l'objet d'une attention toute particulière.

5 Harmonisation de la pratique en matière de renvoi dans les cantons

La CdG-N recommande au Conseil fédéral d'intervenir auprès des cantons pour qu'ils harmonisent leurs pratiques en matière de détention en vue de l'exécution du renvoi des mineurs, de façon à éviter les inégalités choquantes.

Le Conseil fédéral renvoie avant tout aux comités de coordination déjà mentionnés dans le rapport du 15 février 2006 (FF **2006** 2607):

– Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police;
– Association des services cantonaux de migration;
– Conférence des commandants des polices cantonales de Suisse.

Ces organes, de même que le comité d'experts « Retour et exécution des renvois » et la réunion annuelle que l'ODM organise avec les coordinateurs de l'exécution des cantons et des villes garantissent aujourd'hui une collaboration étroite entre les autorités et favorisent l'harmonisation et l'application uniforme des mesures de contrainte. L'efficacité de ce système est encore renforcée par le contrôle juridique exercé par le Tribunal fédéral suisse dans le cadre de recours de droit public déposés par le DFJP contre les décisions cantonales des juges de la détention. Dans ce contexte, il convient de rappeler qu'une violation des droits définis dans la Convention relative aux droits de l'enfant peut être invoquée lors d'un recours contre la détention administrative.

Bien qu'il n'ait pas fait partie du champ de l'évaluation de l'ancienne CPA, l'usage de la contrainte policière dans le domaine de compétence de la Confédération doit être thématisé en raison de l'élaboration de la loi sur l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération (loi sur l'usage de la contrainte [RS *364*, LUsC]) et de son ordonnance d'exécution (RS *364.1*, OLUsC).

Conçue comme une loi cadre afin de régler de manière uniforme l'usage de la contrainte policière dans toute la Suisse, la LUsC fixe des garanties minimales. Elle règle les principes définissant l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération. Elle concrétise en premier lieu l'exigence du respect du principe de la proportionnalité prévu par la Constitution. La contrainte doit être proportionnée aux circonstances. L'OLUsC prescrit explicitement que les enfants sont exclusivement transportés de manière adaptée en fonction de leur âge, de leurs besoins et de l'ensemble des circonstances (art. 24, al. 1, OLUsC). En se fondant sur la nouvelle législation fédérale sur l'usage de la contrainte, le DFJP remettra au printemps 2010 un manuel d'utilisateur adressé aux autorités chargées de l'exécution relevant du droit des étrangers. Sur le plan opérationnel, ce manuel servira à adapter de manière plus précise les activités cantonales en matière d'exécution. Il permettra également à l'autorité chargée des renvois dans le domaine de la migration d'agir de manière proactive dans le cadre des dispositions légales et des dispositions d'ordonnance en vigueur.

L'accord d'association à Schengen[1] est entré en vigueur le 1er mars 2008. Sa mise en application opérationnelle a eu lieu le 12 décembre 2008 aux frontières nationales et fin mars 2009 dans les aéroports. La Suisse s'est en principe engagée à accepter tous les développements de l'acquis de Schengen. La directive du Parlement et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en

1 Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (AAS).

séjour irrégulier (ci-après directive sur le retour) est l'un de ces développements[2]. Il y est précisé que les Etats doivent tenir dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant lors de la mise en œuvre de la directive. Conformément à l'art. 10 de la directive, intitulé «Retour et éloignement des mineurs non accompagnés», les Etats doivent accorder l'assistance d'organismes compétents autres que les autorités chargées d'exécuter le retour avant que soit prise une décision de retour concernant un mineur non accompagné. Avant de renvoyer ou d'expulser un mineur non accompagné, les autorités doivent s'assurer qu'il sera remis à un membre de sa famille, à un tuteur désigné ou à des structures d'accueil adéquates dans l'Etat de retour. Le Conseil fédéral garantira que l'intérêt supérieur de l'enfant soit dûment pris en considération lors de la transposition de la directive sur le retour de l'UE dans le droit national.

Le Conseil fédéral est d'avis que les instruments nécessaires à la coordination et à la coopération dans le domaine des mesures de contrainte concernant les mineurs existent déjà et que les principes de la Convention relative aux droits de l'enfant sont pris en compte. D'éventuelles différences cantonales résultent de la compétence d'exécution des cantons. Ces divergences ne sont cependant pas telles qu'elles puissent menacer les principes du bien-être de l'enfant. De plus, la directive sur le retour de l'UE qui doit être reprise renforce la position des mineurs dans l'ensemble du processus de renvoi.

6 Conditions de détention des mineurs

La CdG-N aboutit à la conclusion qu'il est nécessaire de clarifier au plan juridique la question de la séparation des mineurs placés en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion. Elle recommande par conséquent au Conseil fédéral de clarifier la question de savoir si la Convention relative aux droits de l'enfant impose des conditions de détention spécifiques, notamment une séparation d'avec les adultes.

Des conditions de détention particulières pour les mineurs découlent de la Convention relative aux droits de l'enfant. En effet, selon l'art. 37, let. c, de cette dernière, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on n'estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. La notion de « privation de liberté » inclut la détention en vue de l'exécution du renvoi en tant que détention administrative.

Lors de la signature de la Convention relative aux droits de l'enfant, la Suisse a émis une réserve selon laquelle la séparation entre les adultes et les enfants privés de liberté n'est pas garantie sans exception. Dans le cadre de l'élaboration du droit pénal des mineurs, le Conseil fédéral a envisagé de retirer la réserve (FF **1999** 2369, 2422). Cependant, le retrait de la réserve n'a pas encore pu avoir lieu depuis l'entrée en vigueur du droit pénal des mineurs. Il ne sera possible qu'une fois que la séparation entre adultes et enfants sera réalisée non seulement dans le domaine de la détention préventive mais également dans celui de l'exécution des peines et des mesures. L'art. 48 du droit pénal des mineurs (RS *311.1*, DPMin) oblige les cantons à créer les établissements nécessaires d'ici au 31 décembre 2016 au plus tard. Cet

[2] Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (JO L 348 du 24.12.2008, p. 98).

article ne dispense pas pour autant les autorités compétentes de prendre en considération le contenu de la convention dans le cadre législatif actuel. Ainsi, le canton de Zurich précise explicitement dans son règlement interne pour les personnes détenues en vue du renvoi ou de l'expulsion que les jeunes enfants doivent davantage pouvoir séjourner dans des locaux adéquats situés en dehors de la prison et que les jeunes âgés de 15 à 18 ans doivent, autant que possible, être regroupés[3]. Dans son règlement concernant la détention en matière de droit des étrangers, le canton de Fribourg prévoit que le jeune âge du détenu doit être pris en compte et que - en collaboration avec les autorités compétentes en matière de migration - des dérogations en faveur des détenus mineurs sont possibles[4].

En vue de préserver l'intérêt de l'enfant, il est parfois nécessaire de renoncer à le séparer des adultes lors de la détention en vue de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion. Dans certains cas, les besoins des mineurs concernés âgés de 15 à 17 ans sont davantage respectés en détenant ces jeunes avec des adultes ressortissants du même pays de provenance ou du même milieu culturel qu'en les plaçant avec d'autres jeunes d'ethnie ou de religion différente. Un hébergement avec des adultes est donc compatible avec l'art. 37, let. c, de la Convention relative aux droits de l'enfant à condition qu'il se fasse pour le bien de l'enfant.

La directive sur le retour qui doit être reprise dans le cadre des développements de l'acquis de Schengen impose de nombreuses obligations à la Suisse en matière de détention de mineurs. Ainsi, la détention administrative doit constituer une mesure de dernier recours et être la plus courte possible. De plus, les familles détenues doivent être hébergées à part jusqu'au moment du renvoi ou de l'expulsion. A cet égard, il convient de garantir un minimum adéquat de protection de la sphère privée. Cependant, la détention de l'ensemble des membres d'une famille ne devrait que rarement constituer un cas d'application en Suisse. En effet, par souci de l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le sens d'une mesure moins contraignante, le chef de famille est souvent le seul à être détenu. Les autres membres de la famille attendront le départ dans la localité qui leur a été attribuée ou dans laquelle ils séjournent dans leur canton.

7 Assistance judiciaire et tutelle pour les mineurs

La CdG-N recommande au Conseil fédéral d'intervenir auprès des cantons pour qu'ils garantissent l'assistance judiciaire et prennent d'éventuelles mesures tutélaires.

Les dispositions de procédure particulières de la loi sur l'asile (LAsi) prévoient qu'une personne de confiance soit immédiatement désignée pour les requérants mineurs non accompagnés (art. 17, al 3). Il peut s'agir aussi bien d'un tuteur ou d'un curateur, au sens des art. 360 ss du CCS, que d'une autre personne de confiance telle que définie par la jurisprudence (JICRA 2003/1 et 2006/14). Les autorités cantonales décident de la forme de protection appropriée à chaque cas d'espèce. La personne de confiance veille à la protection des intérêts du mineur au niveau des actes de

[3] Justizvollzug Kanton Zürich, Hausordnung für die Abteilung Ausschaffungshaft des Flughafengefängnisses (édition 2009).

[4] Art. 4 du règlement du 8 avril 1997 concernant la détention en matière de droit des étrangers, BDLF 114.22.13.

procédure déterminants pour la décision dans le cadre de la procédure à l'aéroport, du séjour dans un centre d'enregistrement ou de la procédure suite à l'attribution dans un canton. Le Conseil fédéral a élaboré au 1er janvier 2008 des dispositions sur la situation particulière des mineurs dans la procédure d'asile (art. 7) et sur le droit à un conseiller juridique et à un représentant légal (art. 7a) dans l'ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure (RS *142.311*, OA 1). Cette disposition prévoit par exemple que la personne de confiance guide et soutient le mineur non accompagné tout au long de la procédure d'asile. Les personnes chargées de l'audition de requérants d'asile mineurs tiennent compte des aspects particuliers de la minorité. Lorsqu'il n'est pas possible d'instituer une curatelle ou une tutelle en faveur d'un requérant d'asile mineur non accompagné sitôt prise la décision d'attribution au canton, l'autorité cantonale compétente désigne sans retard une personne de confiance pour la durée de la procédure d'asile et de renvoi, le mandat de cette personne prenant toutefois fin à la nomination d'un curateur ou d'un tuteur ou à la majorité de l'intéressé. Concernant le droit à un conseiller juridique et à un représentant légal, l'ODM informe les requérants d'asile ou, dans le cas de mineurs, les personnes de confiance qui leur ont été désignées, d'une manière appropriée dans une langue qui leur est compréhensible de la possibilité qu'ils ont de faire appel à un conseiller juridique ou à un représentant légal. Il donne aux requérants d'asile, dans les aéroports et les centres d'enregistrement, les moyens de recourir à un conseiller juridique ou à un représentant légal. Les contacts entre le conseiller juridique ou le représentant légal et son mandant sont permis dans le cadre de l'ordonnance du DFJP du 24 novembre 2007 relative à l'exploitation des logements de la Confédération dans le domaine de l'asile (RS *142.311.23*).

Les dispositions de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) ne sont pas aussi explicites que celles du domaine de l'asile. Néanmoins, la protection des mineurs est également prise en compte de manière complète dans le domaine de la LEtr. Ainsi, lors de l'examen de la décision de mise en détention, de prolongation ou de levée de la détention effectué dans le cadre de l'examen régulier des conditions de la détention devant systématiquement avoir lieu dans un délai n'excédant pas 96 heures pour chaque cas de détention administrative, le juge de l'arrestation doit notamment prendre en compte la situation familiale, ce qui inclut l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de la convention. L'examen de la légalité de la détention va régulièrement de pair avec l'accompagnement par un avocat. Les mineurs sont également protégés de manière complète en cas en séjour légal ou illégal en Suisse ayant précédé l'exécution du renvoi. Un séjour en Suisse n'est accordé à une personne mineure que si sa prise en charge est assurée. Dans le cas d'un mineur séjournant illégalement en Suisse, les autorités d'exécution sont tenues, en vertu de l'art. 368 du Code civil suisse, d'annoncer immédiatement à l'autorité cantonale compétente la présence de mineurs séjournant sur leur territoire sans accompagnement parental afin que des mesures de protection puissent être prises si nécessaires. Lors de la phase suivant l'entrée en force d'une décision de renvoi (phase d'exécution), les dispositions de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) s'appliquent aux mineurs relevant du domaine de l'asile en complément de l'art. 7, al. 2, OA 1 relatif aux personnes de confiance, puisque les mesures de contrainte sont réglées dans la LEtr aussi bien pour le domaine de l'asile que pour celui des étrangers.

Le Conseil fédéral est disposé à examiner la pertinence d'un élargissement de l'art. 15a OERE en y mentionnant le droit des mineurs à un représentant légal et à

l'assistance judiciaire dans les domaines de l'asile et des étrangers et, s’il y a lieu, à compléter l'ordonnance.